POR
DOÑA ISABEL
MENDEZ,
BIUDA DE IUAN RODRIGUEZ Nuñez.

EN EL PLEYTO

CON LOS BIENES Y HEREDEROS DEL DICHO ſu marido.



ES ſobre 4U.cruſados de plata (moneda de Portugal) que llevò en dote, y 1U. cruſados de arras, que le mandò el dicho ſu marido : ay eſcriptura publica de la promeſſa de la dote, y arras, y el entrego della eſtà probado por teſtigos. Y aviendoſe mandado dar mandamiẽto de execucion por todo; los herederos apelaron, y eſtà mandado dezir, y alegar en eſta Real Audiencia, y el pleyto eſtà viſto en viſta.

Los herederos oponen dos coſas; la una que no eſtá probado el entrego de la dote, y la otra, que aunque lo eſtuviera, no ſe puede probar ſino por inſtrumentos, conforme a una ley de Portugal, y que ſe à de determinar por ella eſte pleito. Lo contrario pretende y funda doña Iſabel Mendez, ex ſeqq.

Que el entrego de la dote està probado.

PAra justificacion desto, no nos escusamos de referir los dichos de los testigos brevemente.

Dicho de Margarita Duarte.

QVe avrà 16. años poco mas, o menos, que estãdo en la ciudad de Faro, vido que Ynes Posada, madre de la dicha doña Isabel Mendez, dio, y entregò al dicho Iuan Rodriguez Nuñez, en bienes muebles, y una cadena de oro, una casa humero, y piezas de plata, y oro, cantidad de 4U. crusados moneda de plata, en que se apreciaron los dichos bienes, en dote y casamiẽto de la dicha doña Isabel Mendez, y por dote y caudal conocido de la susodicha, porque se hallò presente al dicho entrego en casa de la dicha Ynes Posada, y que este testigo tenia mucha amistad, y trato y comunicaciõ en casa de la dicha Ynes posada, y acudia a ella muy ordinariamente, donde diversas vezes oyò dezir, y confessar al dicho Iuan Rodriguez Nuñez, avia recibido en dote y casamiento con la dicha doña Isabel Mendez su muger, los 4U crusados contenidos en la pregunta antes de esta, y algunas vezes estava presente la dicha doña Isabel Mendez: y esto sabe.

Dicho de Isabel de Acosta.

QVe este testigo se hallò presente en casa de Ynes posada, madre de la dicha doña Isabel Mendez, en la ciudad de Faro, al tiempo y quando la dicha Ynes Posada dio y entregò en dote y casamiento con la dicha su hija al dicho Iuan Rodriguez Nuñez su marido, los bienes muebles, y cadena de oro, y pieças de plata y oro y casa humero que dize la pregunta, que puede aver a lo q̃ se quiere acordar, mas de catorze años: los quales dichos bienes vido este testigo apreciar en sus justos precios, que vinieron a montar la dicha cantidad de 4U. crusados, moneda de Portugal, y la dicha Ynes Posada se los dio, y entregò al dicho Iuan Rodriguez Nuñez, por bienes dotales, y conocido caudal de la dicha doña Isabel Mẽdez, y el suso dicho los recibio por tales, a lo qual se acuerda este testigo estavã presentes Beatriz Alvarez hermana de la dicha doña Isabel, y Margarita Duarte, y otras muchas personas en casa de la dicha Ynes Posada, de cuyos nombres no se acuerda; y que oyò dezir, y confes-

confessar muchas y diversas vezes al dicho Iuā Rodriguez Nuñez, despues de averse casado con la dicha doña Isabel Mendez, assi en su casa en presencia de la susodicha, còmo en la dicha ciudad de Faro en casa deste testigo, en presencia de Gaspar Fernandez de Leon su marido, adonde venia muchas vezes el dicho Iuan Rodriguez Nuñez, por el mucho trato y comunicacion, y amistad que entre ellos avia, que avia recibido de la dicha Ynes Posada la dicha cantidad de los 4ᵿ. crusados, por dote de la dicha su muger, y dellos estava satisfecho, y antes avia recibido mucha mas cantidad de lo q̃ se le avia prometido: y esto sabe.

Dicho de Enrique Vieyra.

SAbe que el dicho Iuan Rodriguez Nuñez recibio la cantidad de los dichos 4ᵿ. crusados en los bienes cōtenidos en la pregunta, porque este testigo era vezino pared enmedio de la dicha doña Isabel Mendez, y Iuan Rodriguez Nuñez, el tiempo que vivio en Faro, y vido entregar los bienes contenidos enla pregunta, y cantidad de dineros, conque se ajustò el valor de los dichos 4ᵿ crusados, y los bienes que se le entregaron fueron apreciados, conque el dinero se ajustò a la dicha cantidad. Y esto sabe por averlo visto, como vezino de los susodichos, y persona que los tratava y comunicava mucho, y se hallava en todas las cosas que se ofreciā desu casa. Assi mismo sabe este testigo, que hablando muchas vezes con el dicho Iuan Rodriguez Nuñez, assi en presencia de su muger, como de su suegra, y de otras personas, le dixo a este testigo, como ya estava pagado de los 4ᵿ. crusados, que se le avian prometido con la dicha su muger, sin que le deviessen cosa alguna: y esto sabe por aver passado en su presencia, y tener noticia de todo.

Dicho de Lorenço Fernandez.

QVe lo contenido en la segunda pregunta del Interrogatorio, lo à oydo dezir publicamente en la ciudad de Faro; y assimismo dixo, que este testigo oyò dezir muchas vezes, que el dicho Iuā Rodriguez Nuñez avia recebido la dote. Y sabe assimismo este testigo, que la madre de la dicha doña Isabel era persona rica, y abonada, y que podia pagar la cantidad de los dichos 4ᵿ. crusados, y mucho mas: y esto responde.

Dicho

Dicho de Gaspar Fernandez.

SAbe este testigo, que al tiempo y quando la dicha doña Isabel Mendez casò con el dicho Iuan Rodriguez Nuñez enel Reyno de Portugal, llevò la susodicha en dote y caudal conocido con el susodicho 4ꝟ crusados en moneda de Portugal, que hazen 40ꝟ. Rs. en plata dela moneda de Castilla. Lo qual sabe este testigo porque á visto carta de pago de la dote de lo susodicho, otorgada en favor de la dicha Isabel Mendez, y porque el dicho Iuan Rodriguez Nuñez lo dixo, y confessò muchas vezes a este testigo, y a otras personas, de que avia recebido todo el dote que montó lo que se le ofrecio; y este testigo vio muchas pieças que se le dieron asi de plata, y oro, como fue una buelta grande de cadena de oro, y una esclava nombrada Iuliana negra, y una casa humero, y otros muebles de casa, que se apreciaron en cierta cantidad, que junta con el dinero y demas cosas que el susodicho recibio, mõtaron los dichos 4ꝟ. crusados de la dicha moneda de Portugal. Todo lo qual sabe este testigo, por ser de nacion Portuguesa, y aver entrado y salido en la casa de la morada del dicho Iuan Rodriguez Nuñez, e Isabel Mendez en el dicho Reyno de Portugal, donde los trató y comunicò muchos años, y en esta ciudad todo el tiempo que estuvieron en ella: y esto es publico y notorio, asi en esta ciudad, como en el dicho Reyno de Portugal.

Dicho de Beatriz Alvarez.

DIxo que lo que sabe es, que al tiempo y quando Isabel Mendez, y Iuan Rodriguez Nuñez su marido trataron de casarse, en faz de la santa Madre Iglesia en el Reyno de Portugal, q̃ á mas tiempo de catorze años, se le mãdò en dote, y caudal y casamiento por una escritura que se hizo, quatro mil crusados, asi en moneda como en otras cosas, como se contiene en la dicha escritura de manda de dote, a que se remite, y mediante lo qual tuvo efeto el dicho matrimonio, y despues desto sabe esta declarante, que en cumplimiento de la dicha manda de dote contenida enla dicha escritura, le entregaron al dicho Iuan Rodriguez Nuñez toda la dicha cantidad de los dichos 4ꝟ. crusados en la ciudad de Faro en el dicho Reyno de Portugal, asi en dinero, como en un humero, y una esclava, y pieças de oro y plata, y otras cosas, que montaron la dicha cantidad. Lo qual sabe este declarante, por averlo visto ser, y passar asi como dicho tiene, y esto es lo que sabe.

Dicho

Dicho de Simon Rodriguez, uno de los herederos, y sobrino del dicho difunto.

DIxo, que lo que sabe es, que este declarante á oydo dezir a diferentes personas, como el dicho su tio estava pagado y satisfecho enteramente de la cantidad que se le avia prometido en dote con la dicha Isabel Mendez, y en quanto a la carta de pago que refiere la dicha peticion, lo que passa es, que estando en el escritorio de Ynes Posada abuela deste declarante, una carta de pago escrita de letra y mano del dicho Iuan Rodriguez Nuñez: en que declara como estava pagado y satisfecho de la dote que se le avia prometido con la dicha su muger, tuvo carta su padre deste declarante, escrita por el dicho Iuan Rodriguez Nuñez, en que le ordenava sacasse del dicho escritorio la dicha carta de pago, y la rompiesse; y por esta causa, y con la dicha orden su padre deste declarante, que llamaron Manuel Nuñez de Mora, que ya es difunto, sacò la dicha carta de pagò del dicho escritorio, que este declarante reconocio ser del dicho su tio, y no sabe lo que hizo della, ni si la rompio, o no, y esto es lo que sabe.

Esto supuesto, no se puede negar que está probado concluyentemente el entrego de la dote, pues ay siete testigos que lo concluyen, *& in qualibet causa duo testes sufficiunt ad perfectam probationem inducendam*, ut est textus in l. ubi numerus, ff. de testibus, cap. in omni negotio, & cap. licet de testibus, cap. 1. & 2. 2. q. 3. Mascard. de probat. lib. 1. in præfact. q. 5. Speculator tit de teste, §. restat. Late Farin. de testib. q. 63. n. 232. l. 32. tit. 16. part. 3. ubi glosa prima.

Y aunque esta regla se suele limitar in probatione solutionis debiti quod probari debet per scripturam, vel per quinque testes, ut in l testium; C. de testib. ut tradit Farin d q. 63. n. 248. Esto procede, y se à de entender quando partes voluerunt cõtrahere in scriptis, & non aliter, quia sicut ab initio fuit necessaria scriptura ita exigitur in probanda solutione, vel quinque testes eius loco; pero oy comunmente aunque los contrayentes se obliguen por escritura, no es visto restringirse a ella precissamente, sino solo para probança de los contratos, y assi la paga se puede probar por dos testigos, y desta manera està entendida la ley de Toledo tit. 8. lib. 3. ordinament. que es la final, donde dize, que executandose el instrumento se puedan alegar pagas por otro tal instrumento, como fue el de la deuda, o por testigos, sin dezir quantos. Y Alberico in d. l. 3. dize q̃ la paga se puede probar por dos testigos; y lo mismo resuelve el se

ñor Gregor. Lopez in l. 32 tit. 16. part. 3. glos. 2. ibi: *Quod nota nam in casu legis de Toledo tit. 8. l. fin. in ordinatione regali poterit probari solutio per duos, vel tres testes cum communiter licet fiant instrumenta publica debiti non tamen partes intendunt contrahere in scriptis sed ad probationem debiti conficiũtur instrumenta, & licet ista lex partitarum loquatur nimis generaliter, ita credo quod debeat restringi, & ita in practica credo quod seruaretur, & an id quod hic disponitur procedat etiam in debito per scripturam, quæ exigitur necessario ex dispositione legis, ut in sententia, emphiteusi, vel alijs quæ de iure exigunt scripturam vide Bald. & Salicet. qui in hoc inuicem ad versantur in d. l. testium, & æquior mihi videtur opinio Baldi ut in quantum sit possibile non discedamus à regula istius legis, & dicta legis ubi numerus & quod in ore duorum, vel trium stet omne verbum,* &c. Lo mismo tiene Parlador. rer. quotid lib. 2. cap. fin. 5. part. § 11. n. 32. § de except. solutionis.

Y en esta conformidad se pratica ordinariamẽte que se prueba la paga por dos testigos, aunque la deuda conste por instrumento, y nunca es visto restringirse los contrayentes a contratar por escritura, sino es que expressamente lo dizen, y con clausula irritante, ita Mascard. de probat. vol 3 conclus. 1318 n. 6. Y en los siguientes dize, quod solutio canonis potest probari per testes, etiam si emphyteusis non possit nisi per scripturam, d. Gregor. Lopez in l. 6. tit. 5. part. 6. glos. 1. & in l. 2. verbo puridad, tit 1. part. 6. Menoch. de success. creat. §. 11 n. 3.

Y no solo la paga se puede probar por testigos, sino tambien por conjecturas, quas late refert Mascard de probat. d. vol. 3. conclus. 1318. ex n. 26. cum sequentibus.

Y en este caso no solo està probado el entrego de dote por dos testigos, sino por siete, conque salimos de toda duda, pues la probança de cinco testigos nunca se excluye, etiam aunque no se admita sino probança de instrumento, ut probatur in l. testium, C. de testib. & in d l. 32 partita & tenet Mascard. ubi proximi n. 13.

Y aunque aya pacto quod non fiat probatio nisi per scripturam est nullum & contra publicam utilitatem, & nihilominus per testes potest probatio fieri, & communis opinio secundum Hypolitum in rubric. C. de probat. Avendaño tit. de las excepciones n. 52. versiculo & nota.

Cæterum, aqui no solo està probado el entrego de la dote, sino que el marido mesmo confessò estar satisfecho y pagado de toda ella, estando presente la misma muger, y es cosa clara quod confessio præsente parte si duobus testibus probatur facit plenam fidem. Marsilius in Rub. C. de probat. n. 89. Marant. de ordin. iudit. part. 6.

§: quin-

§ quintus actus n. 2. ubi alios citat probans non requiri acceptatione partis & quod unus testis de cõfessione presente parte iungitur cũ alijs probantibus confessioné factam parte absente, ut tradit Paulus de Castr.cons.105.n.1.vol.2.vers item es unus testis. Y de la misma manera un testigo solo de veritate, & duo de confessione extra iuditiali iungitur ad plenam probationem, Casialupus in l.admonendi de iure iurand.n.114 & notabiliter Bald. in l. Gallus, § ille casus, n.1.in fin ff.de lib.& posth. tenet coniungi ad perfectam probationé si unus testis deponat de veritate, & ille idem cum alio deponat de fama, & Baldum defendit Soccinus ibi n.4. & Iasson n.8. idemq; tenet Curtius in d.l admonendi nu.295. ubi ait istam decisionem esse perpetuo commendandam memoriæ, late tradit Petrus Surd.decis.12 ex n.1.usq; ad 6. Y es especial en la paga, que basta probar que el acreedor confessò estar satisfecho, etiam, aunque no se prueb e la numeracion, ita Baldus cons.457. n.1.tom.4 ibi: *De iure autem est quod si reus allegat soluisse creditori, sufficit probare quod creditor fuerit confessus sibi satisfactum, nam allegant factũ, sufficit probare confessionem super facto, quando unum, & idem factum resultat ex probatione veritatis facti, & ex probatione confessionis super facto, c. fin. de success. ab intest & sic debitori allegantisse soluisse sufficit probare confessionem super satisfactione, vel super saldo rationis, quoniam ex omnibus istis includitur solutio, & satisfactio.* Y pues està probado que el dicho Iuã Rodriguez Nuñez confessò estar pagado y satisfecho de toda la dote, basta para que se tenga por probado el entregò della, aun en caso que no estuviera tan probado como lo està.

Finalmente se deve advertir, que esta probança de doña Isabel Mendez, es concluyente y unica, porque no ay cosa en contrario en el pleyto.

Y no es de fundamento lo que se opone contra los dichos de los testigos, porque todo es incierto, y imaginario, y lo contrario consta dellos mismos, pues son mayores de toda excepcion, y cõtestes, y concluyen en todo lo que deponen, y no padecen ningun defecto; ni tacha alguna, y assi no se deve hazer caso de lo que contra ellos dize la parte contraria, mayormente advirtiendose que todos deponen del entrego de la dote, y como oyeron dezir y confessar al dicho Iuan Rodriguez Nuñez, aver recibido lo que le prometieron, y mucho mas, sin que en cosa alguna ayan variado, ni se colige por aver dicho mas plenamente en el segundo dicho, de lo que dixeron en el primero algunos de los testigos, porque en el segundo dicho no dizen nada contrario a lo primero, antes se afirman

man

man en el;y siempre se suele dezir mas quando los testigos se preguntan por el interrogatorio, que quando se interrogan por una peticion por via de informacion, como depusieron en el primero dicho: y en lo uno y en lo otro estan contestes, y no varian en cosa alguna, y concluyen en las razones de sus dichos.

Y menos obsta lo que se opone contra Beatriz Alvarez por dezir es hermana de la dicha doña Isabel, porque no por esso dexaria de dezir la verdad, mayormente siendo como es madre de los menores herederos, y sobrinos del dicho Iuan Rodriguez Nuñez.

Y carece de verdad lo que se opone contra el dicho de Simon Rodriguez, uno de los herederos, porque el suso dicho aun no dixo lo q̃ sabia por miedo y fuerça de Melchor Mendez de Acosta, q̃ le persuadio por ser marido de su tia, y parte interesada en este pleyto, assi por cabeça de doña Leonor de Acosta su muger, uno delos herederos del dicho Iuan Rodriguez, como por ser acreedor destos bienes, y querer con esto que la dicha doña Isabel no salga con su dote, para tener mejor derecho a los bienes del susodicho; y este menor no haze mas que lo que el dicho Melchor Mendez le ordena, el qual entrava en los 25. años al tiẽpo que depuso, y es un moço muy capaz y de mucho govierno, y quando dixo que vio sacar a su padre la carta de pago que el dicho Iuan Rodriguez avia dado a su suegra del escritorio de la susodicha, no dize que fue al tiempo del entrego, ni menos dize quando fue, sino solo que la vio sacar, que avrá 5. o 6 años. Con que se excluye todo lo que se opone por el Abogado contrario, porque nada dello se ajusta a los autos, y todo es imaginacion suya.

SECVNDA PARS.

Que no procede la ley de Portugal.

OPone contra todo lo referido la otra parte, la ordenança de aquel Reyno lib. 3. tit. 59. que refiere a la letra en su papel, por la qual no se deve determinar este pleyto.

Lo primero, porque es ley odiosa, y contra el derecho comun, ut tenet Bald in l. observare, §. fin. nu. 9. ff. de officio proconsul, ubi loquitur in statuto prohibẽte fieri probationes per testes, Decius in cap. 2. de probat. n. 13. & 14. infra. Anania in cons. 64. ubi ait quod est contra ius divinum, canonicum, & civile, qui nimo videtur etiam contra publicam utilitatem, quia probationum facultas ampli anda

plianda non angustanda est, l quonia in fin. C. de hæredib. inst. & Ostiens. in sum. tit. de renũtiat dicit expresse quod est cõtra legem, & communem utilitatem, Beroius cap. 2 de probat nu. 75. ubi ait: *Quod secundum ius canonicum probatio nõ adeo statuto, vel consuetudine restringi potest, quim admittatur per duos, vel per tres testes quando alias quis dãnum indebitè substinerit & quod tunc tollerandum est potius, quod statutum sit superfluum & nihil operetur.* Late Pedro Surd decis. 43 ex n. 4. cũ seqq. Y Abbad en el cap. 2. de probation. dize, que aunque valga el pacto o estatuto que restringe la prueba, *ad certam speciem probationis, tamen etiamsi requiratur probatio instrumenti, non ex toto excluditur probatio testiũ, sed sit arbitrarium ex qualitate testium productorum maxime ex æquitate canonica, ne contigat contra iustitiam alterum cũ aliena iactura ditari.* Y la adicion de Abbad en este lugar refiere a Baldo en l 3. ff. de usur. & in l certi condictio, § quoniam, ff. si cert. petatur, ubi dicit, *quod si ex statuto solutio non possit probari nisi per scripturam, sufficit probare solutionem legitima probatione iuris, & sine alia scriptura, quia præsumptio iuris, est genus probationis, & est iuris scripti;* y dize mas la addicion: *quod illud quod non potest probari nisi per scripturã, potest tamẽ certificari, & coadiuuari per testes.*

Y assi supuesto que en este Reyno no ay semejante ley, ni estatuto, antes contrario, porque tenemos ley expressa que determina, que bastan dos testigos en qualquiera probaça, que es la ley 32. tit. 16 part. 3. no se á de preferir, ni juzgar por la ley de Portugal.

Y aunque esta ley de partida concuerda con la ley testium, que requiere cinco testigos para la probança de la paga, està entendida comunmẽte quando partes voluerunt contrahere in scriptis, & nõ aliter, ut supradiximus. Y assi lo dize el señor Gregorio Lopez en el lugar referido, y aunque el Abogado contrario cita este mismo lugar, expressamente es cõtra el, pues dize, *æquior mihi videtur opinio Baldi, ut quantum sit possibile non discedamus a regula istius legis;* y la regla es, q̃ se pueda probar por dos testigos, y lo demas que la ley dize de cinco testigos, es limitacion de la regla, y cautelosamente callò las palabras ultimas de la glosa, que la declaran bien, ut constat ibi: *A regula istius legis & dictæ legis ubi numerus, & quod in ore duorum, vel trium stet omne verbum.*

Y de tal manera procede esta doctrina, que aunque se requiera escriptura precissamẽte por la ley, o estatuto para sustancia del contrato, adhuc, la paga se puede probar por probança regular de testigos, ut tenet D. Greg. Lop. in prædict. glos. & Alvarus Valasc. de iure emphyteut. q. 7. n. 8. donde entiẽde la ley testium muy a proposito para este pleyto, ait enim Valasq. *Nec conuenit in proposito regula legis*

testium

testium, C. de testib. qua probatur debiti contracti in scriptis solutionem probandam in scriptis, vel saltim per quinque testes quia dicipiuntur valde DD. in intellectu illius legis, nam secundum Bald. & Salic. ibi loquitur in contractu celebrato in scriptis in conuentione hominis, secus est quando scriptura requiritur, ex necessitate legis ut in imbentario in sententia diffinitiua, in contractu emphyteutico, tunc etenim si quod debet probari, potest simul stare cum veritate scripturæ (ut fuisset debitum & nunc esset satisfactum & solutū) tunc bene admittitur probatio per testes, &c. Y esto es conforme a la disposicion de la l. in excercendis, C. de fide instrumentorum ubi habetur quod eandem vim habent testes quam scriptura.

Lo segũdo, porque eneste Tribunal no se puede juzgar sino por las leyes destos Reynos, ut disponitur expresse in l. 1 Tauri, dõde se dize que en primer lugar se a de juzgar por las leyes del Reyno, y prematicas, y luego por las leyes de partida, y despues por las de derecho comun, l. 6. tit. 4 part. 3. que habla de la obligacion que an de tener los juezes, y dize: *La quinta, que los pleytos que vinieren ante ellos, los libren bien y lealmente, lo mas aina y mejor que supieren, y por las leyes deste libro, y no por otras.* Idem disponetur in pregmatica quæ est in nova recopilatione in principio, fol. 1.

Y esto procede indubitablente quando la ley, o estatuto de otro Reyno tendit circa ordinationẽ iuditij, tunc enim, no se puede juzgar por ella, sino por las leyes y costumbre del lugar dõde se litiga, ut tenet glosa in l. cum clericis, C. de Episcopis, & cleric. l. 2. C. quẽ ad. test. aperiãt. l. 3. §. testes, ff. de testib. l. si fundus, ff. de evict. Bart. & Iass. in l. cunctos populos, C. de sacrosanct. Eccles. Parlad. lib. 2. rer. quotid. 1 part. cap. fin. § 11. ampliat. 3 n. 13. glos. in l. 1. C. quę sit lõga consuet. late Alexand. cons. 164. n 2. cum sequentibus.

Y esta ley de Portugal tẽdit ad ordinationem iuditij, porque dispone sobre el modo de las probanças quę in iuditijs admittuntur, y quando el estatuto, o ley da forma en la probãça, dispone circa modum probationis tendit ad ordinationem iuditij ita expresse tenet Tiberius Decian. cons. 108. volum. 2. n. 39. ibi: *Primo enim dico quod cũ modus probandi creditum videatur concernere ordinem iuditij, attẽdenda sunt statuta loci in quo iuditium ventilatur & tractatur*, &c. Y es buen texto in l. 2. C. quemadmodum test. apenantur, dõde se prueba, que para abrir el testamento, se à de atender a la forma y solemnidad de la probança del lugar donde se abre, y no del lugar donde se hizo: de tal manera, que si en el lugar donde se abre ay ley, o estatuto, de que no se examinen los testigos que intervinieron en el testamento, estando ausentes, sino coram honestis personis, a estas se les dè credito,

to, y esto es especialidad notable, pues cõforme à la ley hac consultissima, §.1. C. de testament y a la l.2. tit.2 part.6. para abrir el testamento, se an de examinar, y intervenir los mismos testigos, que lo vieron otorgar, & adhuc, si se abre en lugar donde ay estatuto, costumbre de lo contrario, se á de guardar: luego el dar forma a la probança, y disponer en el modo della, como es que se dè credito al instrumento, y no al testigo, o que el acto se haga con tanto numero de testigos, o con menos, tendit ad ordinationem iuditij, y asi se à de observar la ley, o costumbre que ay en el lugar del juyzio, y no el del contrato: y aun en caso mas apretado se determinò en esta conformidad en Portugal en el pleyto que se siguio entre el Duque de Alcala, y el Marques de Castel Rodrigo, que aviendo celebrado casamiento en este Reyno de Castilla, se puso pacto de no mejorar, conforme a la l.22. de Toro, y no se guardò, & adhuc, se determinò que no se devia determinar el pleyto por esta ley de Castilla, sino por las de Portugal, ut constat ex tota decisio 102. de Febo, 2. part.

Y contra esto no obsta la doctrina de Barbos. in l. exigere dotem n.108 ff de iudic. que refiere el Abogado contrario, porque Barbosa va con la distincion referida, y resuelve lo mismo, videlicet, que se à de guardar el estatuto del lugar del contrato quando tẽdit ad decisionem causæ; pero en el n.114. dize que si el estatuto del lugar de el contrato *respicit illius executionem, tunc non attenditur locus contractus, sed potius locus in quo petitur executio, nam demente partium videtur ut quoad executionem inspiciantur statuta loci in quo de ipsa executione agitur.* Segun lo qual, la ley de Portugal q̃ dize que las pagas, y los distratos se prueven por instrumento, mira a la execucion del contrato, no a la sustancia del, y asi se à de atender a la ley del lugar donde se executa, *quia cum iuditium & sententia summat initium in loco iuditij, & probationes sint de iuditio merito attenditur locus, in quo iuditium exercetur, & ideo in executione instrumenti non attenditur locus contractus, sed executionis*, ut tradit ipse Barbos. n.110.

Y en los terminos de este pleyto se ajusta esta doctrina, porque aqui se trata de executar un contrato, y obligacion que hizo Iuan Rodriguez Nuñez de pagar y restituir los 4U crusados de la dote, y este contrato es executivo, y lo deve ser en este Reyno, pues es sin duda que los instrumentos otorgados en otro Reyno, habent executionem paratam en este: ut late tradit Parlad. lib.2. rer. quotid. cap. fin. §.11.3. ampliatione.

Lo tercero, supuesto que en este pleyto se trata de cobrar la dote, porque se desolvio aqui el matrimonio, donde vivia y tenia su domici-

micilio Iuan Rodriguez Nuñez,no ay duda alguna que se à de determinar este pleyto por las leyes destos Reinos,y no por las de Portugal donde se hizo el contrato,de quo est textus expressus in l. exigere dotem de iuditijs,Ioan.Garc. de coiugali aquestu n.140.Mantica de contract.lib.3.tit.13.lib. 1.Matienço in l.2.tit.9 lib.5.recopil. glos.1. n.70.glos.1.in l.24.tit.11.part.4.

Y aunque algunos dixeron,que esta ley exigere dotem,procedia por privilegio especial de la dote, bien cōsiderado el texto no tiene ninguna especialidad,porque la accion para cobrar la dote, no nace del contrato,sino del distrato,hoc est quando se disuelve el matrimonio,& ratione distractus maritus sortitur forum,sicut ratione contractus,ita Alex.in l.Pomponius,§.præteri a n.4 ff.de acq. poss. y es buē text. la ley 2.ubi & apud quem cognitio in integ.restit.agi, adonde se prueba que la restitucion no la á de pedir el menor en el lugar del contrato,sino del domicilio de aquel con quien contratò, y quando nace la accion del distrato, se à de juzgar por las leyes y costumbres del lugar del distrato, y por esso la ley exigere dotem, dize que se à de estar por las leyes del lugar del domicilio del marido donde se dissolvio el matrimonio, y por las del lugar donde se hizo el contrato, y asi en la restitucion de la dote se à de estar a las leyes del lugar donde se dissolvio el matrimonio,porque deste distrato nacio la accion de la dote,tenet Faber in l.cunctos populos,n. 117.C.de sum.Trinit.ibi: *Quid ergo si actio non oriatur in contractu,sed ex distractu,ut actio de dote,dic non attendi locus contractus, l.exigere, ff. de iudítij,* & in specie, Afflictis decis.226 n.6.ibi: *Et licet regulariter consuetudo loci ubi fit contractus debet inspici per legem si fundus, ff. de euictionibus hoc verum quando agitur quoad originem,vel ordinem contractus,tunc in actu gerendo inspicitur consuetudo loci ubi fit contractus, ut dixit Bartol. in l.1. ff. de ventr. inspiciend. sed si agatur quoad resolutionem contractus inspicimus locum iuditij ubi debet conueniri per textum in d.l. exigere dotem.*

Y contra esta resolucion no obsta la ley 24.tit.11.part.4. porque omitidas las opiniones de si esta ley es concordante de la ley exigere dotem,o correctoria,en este caso no tiene que ver,porque lo que la ley de la partida dize es, *q̃ se guarde la costumbre de aquella tierra quanto en las dote,e las arras, e las ganancias que fizieren; e no las de aquel lugar donde se cambiaron*, y aqui no se trata de nada de esto , sino de si está probado el entrego de la dote, que es cosa que mira a este pleyto, y juyzio, y a lo que vino propiamente la ley exigere dotem,y se trata verdaderamente de la execucion de la obligacion y promessa, que hizo Iuan Rodriguez Nuñez,que es caso indubitable, ut tenet

Bar-

Barbosa in l. exigere dotem, & in specie advertit Dominus Gregorio Lopez, in dict. l. 24. glosa 1. donde tratando de el entendimiento de la ley exigere dize, *tũ quia illa lex non loquitur in lucris, sed in facultate conueniendi quæ oritur post contractum matrimonij.*

Y en quanto a las arras no hablamos, porque caben cõforme a las leyes de Portugal, y de Castilla.

Lo quarto, porque quãdo todo lo dicho cessara, que no haze, se deve advertir, q̃ lo q̃ D. Isabel Mendez trata de probar, no es la substancia del contrato, que esta probada se està por el instrumento, sino el entrego de los bienes contenidos en el dicho instrumento, para que sea liquido y exequible, porque la obligacion fue condicional de restituir la dote, aviendose entregado, y assi para que la execucion sea corriente, es necessario verificar el entrego, como si se verificara otra qualquiera condicion; y esta calidad, o cõdicion, no requiere probança de escritura conforme a la misma ley de Portugal, porque basta que la promessa, y obligacion principal cõste por escritura, y quando es necessario probar alguna calidad, o condiciõ del instrumento coherente a la obligacion, sufficiunt testes, ita in terminis de semejante estatuto, tenet Angelus cons. 200. n. 5. donde dize: *Quod licet alias ex forma statuti non admittatur probatio nisi per instrumenta, cohærentia & reliqua liquidantia factum possunt probari per testes,* & in terminis leg. Portugaliæ, tenet expresset Alvarus Valasc. de iure emphyteut. q. 7. n. 34. ibi: *Vndecimo memorandum est ad prædictam legẽ Regiam dict. tit. 45 quod nõ excludit probationem mixtam, hoc est illa, quæ fit per testes & instrumentum simul, ut puta si promittat quis sarcire damnum, & interesse, & quantitatem damni probauerit per testes valebit enim talis probatio testium licet excedat quantitatem legis, quia iste casus mixtus non comprehenditur in statuto, vel lege non admittente probationem ultra certam quantitatem licet per testes,* &c. Et ibi: *Vnde eadem ratione etiam conditio scripturæ potest per testes probari quod sit iam purificata,* &c. Barbos. in remissionib. ad d. l. tit. 59. in principio n. 5.

Y esto es propiamente lo que se haze en este pleyto, verificar la condicion de la obligacion, para que se pueda executar el instrumẽto, pues la calidad del entrego es una condicion que expræsse, & tacite inest in ipsamet obligatione, y verdaderamente que estuvieramos en la duda de la disposicion de la ley de Portugal, si los herederos de Iuan Rodriguez Nuñez alegaran la paga, y la quisieran probar por testigos, y doña Isabel Mendez les opusiera que no podian probarla sino por instrumento, conforme a la ley de Portugal; pero lo que ella trata de probar en este pleyto, no es la paga, sino la con-

dicion

dicion y liquidacion del inſtrumento en que ſe funda, que es caſo no comprehendido en la ley de Portugal, la qual diſpone enlos deudores que tratan de probar la paga, pues eo ipſo, que dize como ſe à de probar la paga, ſupone obligacion de quien la á de probar, y aqui doña Iſabel Mẽdez no era deudora de ſu marido, ſino acreedora, pues el ſe obligò a pagar los 4U. cruſados que ſu ſuegra le avia prometido en dote, y aſsi nunca pudo executar, ni pedir nada a ſu muger, ni llegar el caſo de que ella probaſe la paga, que ſon los terminos en que la ley diſpone, y aora deſpues de ſu muerte, que ella le executa por la obligacion que en ſu favor hizo, verifica el entrego de la dote, para que la obligacion quede pura y corriente; y eſto no es lo meſmo que probar la paga, pues no eſtãdo probado el entrego de la dote, no ay obligacion eficaz, ni valida, y quando ſe trata de probar la paga, ſe ſupone obligacion eficaz, y en eſtos terminos habla expreſſamente la ley de Portugal, y no en lo primero.

Lo quinto, porque demas de lo dicho, padece la ley de Portugal otra limitacion q̃ ſe ajuſta individualmente a los terminos de eſte pleyto, videlicet, que procede riguroſamente quando agitur inter ipſos contrahentes, non in tertio qui non fuit in culpa quo minus ſcriptura conficeretur, quia poterit per teſtes probari conventionẽ, ſeu ſolutionem inter alios factam quamvis ſcripturam non offerat ita expreſſe, tenet Alvarus Valaſcus de iur. emphyteut. q 7. n. 35. dõde refiere un caſo que ſe determinò muy ſemejante, & in comprobationem plures Autores refert. Lo miſmo dize Thome Vaez allegatione 72 n. 140.

Y en eſte caſo procede individualmente eſta doctrina, porque el contrato principal ſe celebrò entre Iuan Rodriguez Nuñez, y ſu ſuegra, y ella fue quien le hizo la promeſſa de la dote; y aunque ſe opone que tambien la hizo la meſma doña Iſabel Mendez en virtud de poder, el poder no conſta, y aunque conſtaſſe importaria muy poco, porque quien avia de entregar era la ſuegra, porque ella tenia la hazienda, y en ſu poder parava toda, y aſsi doña Iſabel eneſte contrato fue un tercero, en cuyo favor ſe hizo la obligacion, y no le puede perjudicar que ſu madre no uvieſſe tomado carta de pago ante eſcrivano del entrego, y juſtamente lo puede ella probar por teſtigos, pues la ley ſolo procede inter ipſoſmet contrahentes, como eſtà dicho.

Lo ſexto, porque la regla de eſta ley ſe limita por ella miſma en los contratos hechos entre ſuegra, y yerno, y otros parientes, porque eſtos pueden contratar ſin eſcritura, y aunque la hagan, ſe prede

 366

de probar la paga y el diſtrato por teſtigos, con tal que la promeſſa de dote ſe aya hecho antes de celebrado el matrimonio, porque entonces no contrataron voluntariamente in ſcriptis, ſino ex necesſitate legis, pues no podian contratar de otra manera, ita in terminis tradit Caved. Areſto 40. per totum, Gama deciſsione 264. n 5. Barboſ. in remiſ. ad d. leg. Reg n. 4.

Y contra eſto no obſta dezir, que en la eſcritura deſta promeſa de dote fue pacto de que ſe avia de dar carta de pago del entrego de la dote, porque eſto no es cierto, y lo que ſe dize en la eſcritura es enunciativo, diziendo que le daria carta de pago, y eſto fue en favor de doña Iſabel Mendez, y para mas ſeguridad ſuya, y no por eſſo fue viſto reſtringirſe a probar por inſtrumẽto la paga, pues para q̃ quede excluida la probança de los teſtigos, es meneſter que los cõtrayentes no ſolo digan que haran eſcritura del contrato, ſino que á de aver clauſula irritante, y non aliter, alias no es viſto querer contratar in ſcriptis ut ſupra diximus.

Tampoco obſta lo que ſe opone contra el Areſto de Cabedo, porque no es cierto, ni tiene fundamento, y le cita y ſigue en la miſma opinion Barboſa en las remiſsiones de la miſma ley de Portugal en el lugar citado, conque ſe prueba que deſpues deſta ley procede la diſpoſicion del Areſto; demas de que eſtá incorporado en las extravagantes de aquel Reyno, que ſon leyes modernas, como las prematicas deſte Reyno.

Finalmente como quiera que ſea, eſta ley es odioſa, y exorbitante, y correctoria del derecho comũ, y ſe à de interpretar de manera que lo corrija menos. Y pues por derecho comun la probança de cinco teſtigos nunca eſtà excluida, etiam, aunque la paga no ſe pueda probar ſino por inſtrumento, ut in d l. teſtium, C. de teſtib. eſta ley de Portugal que prohibe la probança de teſtigos, ſe á de entender de la probança regular de dos, o tres teſtigos, no de la que es tan plena y concluyente como eſta, que tiene ſiete, pues de otra manera corrigiria la ley teſtium, y la ley 32. tit. 16. part 3. Con lo qual la juſticia de doña Iſabel es clara y manifieſta, para que ſe determine como tiene pedido, pues tiene probada el entrego de la dote, y conſta de la obligacion de reſtituir por eſcritura, y no le obſta la ley de Portugal, porque es odioſa, y no ſe â de obſervar en eſte Reyno, y aunque ſe obſerve eſtamos en las limitaciones della, y en las doctrinas de los DD. que ſon en ſu favor. Salvo, &c.

El Lic. D. Lorenço del Caſtillo y Gallegos.